

Kwam aan de privaatrechtelijke methode een normatieve betekenis toe voor de rechtsontwikkeling?

Citation for published version (APA):

Smits, J. M. (1999). Kwam aan de privaatrechtelijke methode een normatieve betekenis toe voor de rechtsontwikkeling? Een aanzet tot onderzoek voor de afgelopen eeuw. In *Recht en geschiedenis* (pp. 157-167). Ars Aequi Libri.

Document status and date:

Published: 01/01/1999

Document Version:

Publisher's PDF, also known as Version of record

Please check the document version of this publication:

- A submitted manuscript is the version of the article upon submission and before peer-review. There can be important differences between the submitted version and the official published version of record. People interested in the research are advised to contact the author for the final version of the publication, or visit the DOI to the publisher's website.
- The final author version and the galley proof are versions of the publication after peer review.
- The final published version features the final layout of the paper including the volume, issue and page numbers.

[Link to publication](#)

General rights

Copyright and moral rights for the publications made accessible in the public portal are retained by the authors and/or other copyright owners and it is a condition of accessing publications that users recognise and abide by the legal requirements associated with these rights.

- Users may download and print one copy of any publication from the public portal for the purpose of private study or research.
- You may not further distribute the material or use it for any profit-making activity or commercial gain
- You may freely distribute the URL identifying the publication in the public portal.

If the publication is distributed under the terms of Article 25fa of the Dutch Copyright Act, indicated by the "Taverne" license above, please follow below link for the End User Agreement:

www.umlib.nl/taverne-license

Take down policy

If you believe that this document breaches copyright please contact us at:

repository@maastrichtuniversity.nl

providing details and we will investigate your claim.

Download date: 05 May. 2023

Gepubliceerd in: C.J.H. Jansen/M. van de Vrugt (red.), *Recht en geschiedenis*, Nijmegen 1999, p. 157-167.

Kwam aan de privaatrechtelijke methode een normatieve betekenis toe voor de rechtsontwikkeling? Een aanzet tot onderzoek voor de afgelopen eeuw.

J.M. Smits

1. Inleiding

Het is een bekend gegeven dat verschillende terreinen van het maatschappelijk leven soms tegelijkertijd worden aangeraakt door eenzelfde 'stroming' of 'filosofie'. Verlichting, Romantiek en Naturalisme hadden bijvoorbeeld invloed op zowel de muziek, de schilderkunst en de literatuur als op de natuurkunde en de theologie. Tegenwoordig zouden postmoderne tendenzen zijn aan te wijzen op velerlei terrein. Ook het recht ondergaat invloed van elk van deze stromingen.ⁱ Op welke wijze *precies* is evenwel vaak moeilijk aan te tonen.ⁱⁱ In deze bijdrage wordt ingegaan op één specifiek aspect van beïnvloeding van een rechtsgebied door een meer algemene gedachte. Het gaat mij daarbij niet zozeer om een ook buiten het recht aanwijsbare stroming, maar om de beïnvloeding van het positieve recht door een opvatting over hoe dat recht *idealiter zou moeten zijn*. Centraal staat hier namelijk de vraag of wetenschap en praktijk zich bij de ontwikkeling van het privaatrecht in de negentiende en twintigste eeuw bewust hebben laten leiden door ideeën over hoe dat privaatrecht er *methodisch-systematisch* uit zou moeten zien.

Een parallelle vraag voor de *rechtsgeschiedenis* werd door H.R. Hoetink in 1957 gesteld. De vraag of bij de rechtsvorming de historische continuïteit of de lijn der traditie in acht moet worden genomen,ⁱⁱⁱ werd door Hoetink toen genuanceerd beantwoord: de rechter kan het verleden niet werkelijk kennen en geeft er *zelf* een bepaalde betekenis aan. Dat aldus zelf gecreëerde beeld van de geschiedenis beïnvloedt wel mede het handelen van de rechter, maar het is geen dwingende factor: hij houdt er rekening mee, maar voelt zich er niet aan gebonden.^{iv} Recent onderzoek van J.M. Milo heeft aangetoond dat een even voorzichtige conclusie moet worden getrokken voor de beïnvloeding van het Nederlandse recht door argumenten, aan *buitenlands recht* ontleend. Rechtsvergelijking blijkt nimmer decisieve argumenten op te leveren, hoogstens extra ondersteuning te bieden aan een op andere gronden gekozen oplossing.^v

In hoeverre ook aan de *methode* in de afgelopen eeuw een normatieve betekenis is toegekomen bij de rechterlijke rechtsvorming^{vi} is het hoofdthema van deze bijdrage. Maar in een continentaal rechtstelsel als het Nederlandse is er geen ontkomen aan dan ook iets te zeggen over de door de *wetenschap* gehanteerde methode. Daartoe dient eerst de vraag te worden gesteld wat onder 'methode' valt te verstaan en wat *überhaupt* het belang er van kan zijn dat een rechter een bepaalde methode hanteert. Vervolgens kan worden nagegaan in hoeverre wetenschap en praktijk zich door de

systematische methode hebben laten leiden. Ik beoog overigens geen verslag te doen van een afgerond onderzoek, maar veeleer enige aanzetten te geven. Het betreft hier immers een braakliggend terrein: bij een eerste terreinverkenning moeten dan bakens worden geplaatst die licht werpen op bepaalde locaties. Een alomvattende landkaart moet later worden gemaakt.

2. Heeft de methode gezag en zo ja: waarom?

De juridische methode kan worden omschreven als een bepaalde *bewuste* wijze van benaderen van vooraf gegeven materiaal. Voor het recht is het sinds de receptie van het Romeinse recht in de twaalfde eeuw het *Corpus Iuris Civilis* geweest dat in hoofdzaak het materiaal, de ultieme tekst, van de jurist vormde; dat het recht met de tijd en dus met de maatschappij kon veranderen, kwam vooral doordat steeds een andere methode werd gevolgd bij het vruchtbaar maken van die tekst voor de rechtspraak.^{vii} In de tijd van de Scholastiek gebeurde dat bijvoorbeeld op een andere manier dan ten tijde van het Humanisme. Ziet men privaatrechtelijke codificatie als een selectie vanwege de Staat van regels uit dat *Corpus Iuris Civilis*, dan vormt het negentiende-eeuwse legisme ook weer een bepaalde methode van benaderen van die 'gegeven' rechtsregels.

Elk dezer methoden wordt gekenmerkt door een nieuwe wijze van ordenen van de rechtsstof. Onze interesse gaat hier nu vooral uit naar de *systematische* ordeningswijzen. Ordening van de aanwezige rechtsregels op een systematische wijze is in hoofdzaak op drie momenten in de geschiedenis geschied:^{viii} in de zestiende eeuw door Humanistische auteurs als Vigelius, Donellus en Cujacius; in de achttiende eeuw passend in de *mos geometricus* van de opkomende natuurwetenschappen door onder meer Christian Wolff en Pothier en ten slotte in de negentiende eeuw door de Pandectisten. Nu kan een dergelijke systematisering in het algemeen twee doelen dienen. Denkbaar is dat de systematisering enkel plaatsvindt om didactische redenen, namelijk om de al aanwezige regels beter te ordenen dan eerder het geval was; de betere presentatie staat dan centraal. Hoogstwaarschijnlijk^{ix} hadden de systematici van de 16de en 18de eeuw enkel dat doel: hun ordeningsmethode was een *wegwijzer* bij regels die al bestonden, een soort plattegrond of telefoonboek om snel te vinden wat men nodig had.^x

Maar ook is denkbaar dat het systeem er toe dient om *nieuwe* regels te creëren: het systeem is dan een bron van nieuw recht geworden omdat door deductie vanuit de expliciete regels nieuwe regels kunnen worden gevonden. Deze betekenis had het Pandectistisch systeem van de 19de eeuw. F.C. von Savigny^{xi} schreef bijv. over 'die dem Stoff gegebene wissenschaftliche Form, welche seine inwohnende Einheit zu enthüllen und zu vollenden strebt'. Waar in de eerste opvatting aan de systematiek als zodanig geen gezag toe komt, is dat dus in de tweede opvatting anders. Daar speelt de systematische methode een rol bij de vorming van het recht door de wetenschap en bij de toepassing van het recht door de rechter. Wat ons interesseert, is waarom deze laatste systematische methode nu als nuttig wordt beschouwd. Zo kan immers de reden waarom de methode gezag heeft worden achterhaald.

De vraag welk doel is gediend met een methodisch-systematische

benadering van het privaatrecht, lijkt niet moeilijk te beantwoorden. In de continentale rechtswetenschap bestaat, zeker sinds de 19de eeuw, de idee dat door een rationele ordening van het recht (door wetenschap of wetgever) *betere* uitkomsten kunnen worden bereikt dan in een chaotisch regelgeheel. P. Legrand heeft onlangs geschreven dat^{xiii}

'the lived experience can be reduced to propositional knowledge in the form of a panoptic and autarkic body of rules of law, and that it is useful to organise the lived experience (and the law) in this way.'

Aldus wordt bij de constructie van het systeem met ieder geval dat zich mogelijk in de toekomst zal gaan voordoen rekening gehouden. Terwijl in de common law wordt afgezien van het structureren van de wereld in 'a single determinate rationalisable order'^{xiii} en veeleer problemen op pragmatische wijze worden opgelost, dient de methodisch-systematische benaderingswijze het betrachten van het rechtvaardig resultaat: de casus wordt *door* het systeem geleid teneinde de juiste oplossing te destilleren, inclusief de bijkomende voordelen van voorspelbaarheid en ontwijken van willekeur.^{xiv} Terecht spreekt Dawson hier van de 'triumph of the learned man'.^{xv} *Waarom* deze *mentalité* op het continent bestaat, is een vraag naar de Europese cultuur zelve die hier onbeantwoord moet blijven.

In puur wetenschappelijk opzicht was deze systematiserende methode uiterst succesvol. Het privaatrecht zoals dat thans wordt gedoceerd aan Universiteiten en zoals het is neergelegd in het nieuwe Nederlandse BW is daarop voor een groot deel gebaseerd. Een begrip als de rechtshandeling en indelingen als die in bronnen van verbintenis en in typen zakelijke rechten hebben toen hun (voorlopig) definitieve vorm verkregen. In die zin heeft deze methode een uiterst belangrijke bijdrage geleverd aan de *rechtswetenschap*. Thans wordt achtereenvolgens nagegaan in hoeverre dit is na te volgen in de handboeken en in de jurisprudentie, met andere woorden in hoeverre auteurs en rechters zich lieten beïnvloeden door de systematiserende methode.^{xvi} Daartoe moet ook iets worden gezegd over de wetgeving.

3. Rechtswetenschap, wet en methode

Een bijdrage over de betekenis van de systematiek voor de rechtstoepassing door de rechter is in zekere zin problematisch omdat de door de wetenschap ontwikkelde systematiek wordt verstoord door de aanwezigheid van *wettelijke* normen, zoals die met name in privaatrechtelijke codificaties zijn neergelegd. In de rechtstoepassing is men dan immers veeleer geneigd om die normen (min of meer legistisch) uit te leggen dan om deze te zien als de uiting van een achterliggende systematiek die dient te worden gevolgd.

Deze wisselwerking van systematiek en wet is genuanceerd. In de eerste plaats hebben de geschriften van vooral de achttiende-eeuwse auteurs invloed gehad op de vroege codificaties van rond 1800 (inclusief het Nederlandse BW 1838 als afgeleide van de Code Napoléon). Het is hier niet de plaats om een *Geistesgeschichte* van die invloed te geven, maar zeker is dat het werk van met name Pothier (1699-1772) de systematiek van de Code Civil grotendeels heeft bepaald (niet voor niets is zijn bijnaam 'le père du Code

Civil^{xvii}): niet nieuwe normen waren het die hij schiep, maar een systeem werd door hem geschoven onder de bestaande normen.

In de tweede plaats is ná de invoering van de grote codificaties een ten top gevoerde systematiek gevormd door de Pandektistische Duitse auteurs, die *daar* direct invloed kon hebben op het BGB van 1900, maar die óók het Nederlands privaatrecht beïnvloedde op een eerst halfslachtige, later meer principiële, wijze. Eerst halfslachtig omdat de auteurs aanvankelijk wel inzagen dat een systematische ordening van de rechtsstof voor een handboek beter is dan enkel het aanhouden van de volgorde der wet, maar toch de grote greep niet wilden doen. Zo stelt C.W. Opzoomer (1821-1892) in de voorrede bij de eerste druk van zijn grote commentaar uit 1865^{xviii} dat hij tracht om de systematische en de exegetische behandeling met elkaar te verbinden, want bij volmaakt duidelijke wetten is de taak van de uitlegger^{xix}

‘minder het toelichten van haar inhoud, dan wel het bepalen van haar plaats in het dogma, in het stelsel. Zij vragen geen exegetische, maar een systematische behandeling’.

Ten opzichte van het eerdere commentaar van Opzoomer^{xx} (dat slechts aantekeningen bij de artikelen bevatte) bevat het nieuwe dan ook steeds voorafgaand aan de bespreking van een nieuw Boek of een nieuwe Titel een overzicht van het daarin behandelde. Zo vindt men bijv. algemene opmerkingen over wat een verbintenis is en hoe de diverse bronnen moeten worden geordend voorafgaande aan de bespreking van Boek 3 BW (‘Van Verbintenissen’).^{xxi} Ook verschenen in de jaren ‘60 en ‘70 van de vorige eeuw de nodige monografieën die nu juist *niet* legistisch waren, maar veeleer op Savignyaanse wijze werden opgebouwd. Ik denk dan bijvoorbeeld aan De algemeene beginselen van het bezitrecht^{xxii} van F.B. Coninck Liefsting (1827-1913), dat meer dan 600 bladzijden telt.

De halfslachtigheid van Opzoomers handboek, zij het in iets mindere mate, treft men ook aan bij G. Diephuis (1817-1892). Zoals bekend publiceerde ook hij eerst een werk, ingericht naar de volgorde der wetsartikelen,^{xxiii} maar in het in 1869 verschenen eerste deel van Het Nederlandsch Burgerlijk Regt^{xxiv} wordt niet alleen begonnen met een Inleiding omtrent de verhouding van het burgerlijk recht tot andere rechtsgebieden en een bespreking van de rechtsbronnen, maar wordt - belangrijker - een heel eerste deel (dat zich uitstrekt over drie boeken) gewijd aan ‘Algemeene onderwerpen’ (resp. personen, zaken en ‘van regtsbetrekkingen en regten’). Vervolgens gaat hij dan toch over op een artikelsgewijs commentaar.

Hier kan niet worden nagegaan in hoeverre de relativering van de beheersing van de negentiende eeuw door het legisme, zoals door G.E. van Maanen^{xxv} en P.C. Kop^{xxvi} aan de orde gesteld, overeenkomt met de wijze van presentatie der rechtsstof in handboeken. Het lijkt er evenwel op dat de door Van Maanen ten aanzien van de ontwikkeling der onrechtmatige daad gehanteerde indeling in drie periodes van respectievelijk betrekkelijk vrije rechtsvinding (periode voor 1883), iets minder vrije rechtsvinding (1883-1905) en strikt legistische wetstoepassing (1905-1919) in zoverre gelding heeft voor ook de rechtsliteratuur dat het commentaar van N.K.F. Land (1840-1903) uit 1888 - na het systematischer commentaar van Opzoomer en Diephuis - wederom een strikt artikelsgewijs commentaar biedt (met

vetgedrukt in de marge de nummers der wetsartikelen die in de hoofdtekst worden besproken). Land deelt mee dat hij 'noch onvruchtbare abstractiën wil aanbieden, noch deductiën uit eenig absoluut gerechtigheidsbeginsel' en zoveel mogelijk de wet volgt:^{xxvii}

'Ik erken het voordeel van eene meer systematische behandeling; ik meen echter dat daarbij de beginner (...) allicht verleid wordt tot verwaarloozing van de studie der wet, waarin dan toch ons recht is opgesloten'.

Tegen de tijd dat J.Ph. Suijling (1869-1962) zijn handleiding gaat schrijven, is het tij gekeerd: nu wordt *principeel* gekozen voor een systematische uiteenzetting. De student moet niet vooreerst de wet bestuderen, maar beginnen met de theorie, want 'een eenvoudige systematische uiteenzetting van de hoofdbeginselen van het burgerlijk recht mag misschien (...) deze of gene bij zijn zware gang naar de boom der kennis een welkome steun verstrekken'.^{xxviii} Wie vervolgens de nog eerder verschenen delen in de Asser-serie bekijkt, ziet dat ook daar de wetsartikelen niet langer naar de volgorde van het BW worden ingedeeld, maar worden ingepast in een nieuw stramien. In het moeizaam totstandgebrachte derde deel over het verbintenissenrecht, dat pas in 1956 door Rutten gecompleteerd werd, ziet men dit goed. Asser-Limburg uit 1905^{xxix} begint met een bespreking van het verbintenissenrecht in het algemeen en bevat ook een bespreking van de 'algemeene leer der overeenkomsten'^{xxx} en ook overigens zijn de wetsartikelen ondergeschikt aan het systeem. Ondanks ingrijpende wijzigingen van de tekst *binnen* de indeling houdt Van Goudoever in zijn bewerking van 1913-1921^{xxxi} aan de door Limburg gekozen indeling vast. Daarmee is de Asser-serie het eerste werk waarin de rechtsstof volledig systematisch wordt geordend (zonder dat echter verantwoording wordt afgelegd van de methode, zoals Suijling dat korte tijd later zou doen).^{xxxii}

In de derde plaats ten slotte geldt dat van het werk aan het nieuw BW (en uiteindelijk de invoering daarvan) grote invloed is uitgegaan nu Meijers' indeling deels was gebaseerd op Pandektistische systematiek, hoewel - zoals bekend - een werkelijk algemeen deel met gelding voor het hele privaatrecht ontbreekt.^{xxxiii} Daarmee zijn de rechtsgeleerde auteurs in de situatie gebracht dat zij *door enkel de wet te volgen* tevens een systematische weergave kunnen bieden. Wie de privaatrechtelijke handboeken van na 1945 beziet, moet concluderen dat grotendeels de volgorde van het nieuw BW wordt aangehouden. Dat gegeven ontwikkelingen in de rechtspraak dat systeem wellicht ingrijpend moet worden gewijzigd om het nog inzichtelijk te laten zijn,^{xxxiv} zou die auteurs wellicht tot een andere indeling moeten nopen, maar dat is een ander punt.

4. Rechtstoepassing, methode en een verschil tussen goederen- en verbintenissenrecht

Thans de vraag of de systematiserende methode ook de *rechtstoepassing* beïnvloedt, anders dan langs de indirecte weg dat in de praktijk rechters gebruik maken van door de wetenschap gevormde begrippen. Aan de methode komt uiteraard reeds een normatieve betekenis toe voor zover een rechter bereid is om zich door het systeem te laten leiden bij zijn speurtocht

naar de juiste uitkomst. Maar indien door systematisering het bereiken van een rechtvaardige uitkomst wordt bevorderd, is de verwachting gerechtvaardigd dat zodra de methodiek een rechter daartoe niet langer in staat stelt, hij deze verlaat en aan de hand van andere maatstaven (bijvoorbeeld een pure belangenafweging) tot een juist oordeel tracht te komen. Deze beide aspecten van methodische invloed zijn niet eenvoudig meetbaar zolang de rechter zich er in zijn motivering niet expliciet rekenschap van geeft dat hij methodisch argumenteert, maar een goede *test* om na te gaan welke de invloed van de methode is, is om te bezien of rechters op grond van systematische redenen bereid zijn tot evident *onrechtvaardige* uitkomsten te komen. Daartoe zou men dan uitspraken die de rechter zelf wel onrechtvaardig moet hebben gevonden, maar toch gaf omdat het systeem hem daartoe in zijn ogen dwong.^{xxxv}

Zojuist werd voor de betekenis van het systeem in de rechtsliteratuur gesteld dat een legistisch periode (gekenmerkt door het werk van Land) werd voorafgegaan door een wat meer vrije periode (de grote commentaren van Diephuis en Opzoomer) en ook weer werd opgevolgd door een definitief afstand nemen van het toekennen van primordiaal belang aan de wetstekst (de Asser-serie en het werk van Suijling). Het lijkt er op alsof deze kenschets ook geldt voor de rechtstoepassing. De systematisering gaat rond de eeuwwisseling inderdaad allengs een belangrijker rol spelen dan de wetstekst. Tekenend voor de periode waarin de wetstekst nog beslissend is lijkt mij een passage uit de conclusie van de Advocaat-Generaal Karseboom voor een arrest uit 1870, waarin principieel wordt gesteld:^{xxxvi}

'De meerdere of mindere hardheid van de wetsbepaling, gelijk ze daar ligt, en haar gevolgen (...) kunnen niet in de weegschaal worden gelegd, en al achtte ook ik een bijvoeging (...) meer gewenscht, ik zou mij moeten bepalen tot de vraag, Wat zegt de wet? niet daarmee vermengen, wat ik beter gezegd zou hebben geoordeeld'.

Maar het breekpunt ligt aan het begin van deze eeuw. In 1905, in hetzelfde jaar als waarin Asser-Limburg verschijnt, wijst de Hoge Raad het befaamde arrest Blaauboer-Berlips,^{xxxvii} misschien wel het meest op systematische argumenten gebaseerde arrest van deze eeuw, hoewel de redenering ook een belangrijk legistisch element bevat. Zoals bekend had de Hoge Raad te oordelen over de vraag of een verbintenis omtrent een onroerende zaak mee overgaat op de nieuwe eigenaar van die zaak. De redenering werd gebaseerd op strikt systematische gronden. Dat het persoonlijk recht daarmee een zakelijk karakter zou krijgen, kon zonder wet niet worden aangenomen 'omdat daarmee de in onze burgerlijke wetgeving bestaande scherpe onderscheiding tusschen zakenrecht en verbintenissenrecht wordt uitgewischt'. Ook het stelsel van openbaarheid bij de vestiging van zakelijke rechten zou dan worden doorkruist. Slechts uit de verwijzing naar de wet blijkt van de kennelijke suprematie van deze boven de systematiek (het bestaan waarvan werd ondersteund met verwijzingen naar Voet en Groenewegen van der Made): zou de wet anders bepaald hebben, dan had daaraan kennelijk de voorkeur moeten worden gegeven boven de systematische redenering. Het is wellicht geen toeval dat juist de eerder genoemde Coninck Liefsting in 1905 President was van de Hoge Raad en het arrest meewees.

Nu is het verleidelijk om te stellen dat, na een periode van legisme, vanaf ongeveer 1905 de systematiek een belangrijker rol gaat vervullen. Toch moet dan worden onderscheiden tussen enerzijds het verbintenissenrecht en anderzijds het zaken- (thans: goederen) recht. Wie de standaardarresten tot 1950 bestudeert,^{xxxviii} komt namelijk tot de conclusie dat in het goederenrecht de systematiek inderdaad grotendeels de rechtstoepassing bepaalt: een rechter is niet bereid om enkel aan de hand van open normen als goede trouw of maatschappelijke zorgvuldigheid of enkel aan de hand van een enkele wettelijke bepaling een juist resultaat te beredeneren. Enkel de erkenning van de fiduciaire eigendomsoverdracht in 1929^{xxxix} was niet in overeenstemming te brengen met het wettelijk systeem, zodat toen een innerlijk tegenstrijdig resultaat werd bereikt. Dat gold dan echter voornamelijk de overbodigheid van art. 1198 BW (oud): kenmerkend voor de fiduciaire eigendomsoverdracht is immers dat een 'gewoon' eigendomsrecht wordt overgedragen: er is dan ook systematisch weinig tegen, temeer niet wanneer men weet dat de Hoge Raad in latere arresten de rechtsfiguur qua verhaalsmogelijkheid nu juist langzamerhand heeft weten in te passen in het systeem der zekerheidsrechten.^{xl} Paul Scholten achtte het met de wet strijdig resultaat in zijn noot aanvaardbaar want *dat* toch 'liever dan een door het rechtsleven geëischt resultaat opofferen aan een logisch beter sluitend geheel van wets-toepassing'. Dit neemt niet weg dat *in het algemeen* in het goederenrecht rechters een meer formeel-systematische houding innemen.^{xli} Het samenspel der beginselen die het rechtsgebied beheersen vormt de grens van wat binnen het systeem mogelijk is: verkeersbelang,^{xlii} bescherming van opgewekte schijn,^{xliii} individualisering,^{xliv} eenheidsbeginsel,^{xlv} openbaarheid van de rechtstoestand van onroerende zaken,^{xlvi} numerus clausus,^{xlvii} bescherming van belangen van derden^{xlviii} en paritas creditorum^{xlix} dienen ter beargumentering van wat nog wel en van wat niet meer mogelijk is.

In het verbintenissenrecht daarentegen lijkt de systematische methode veel minder in zwang. Voor dat rechtsgebied wordt sinds de jaren '20 (na 1905 wordt daar nog de befaamde Zutphense Juffrouw^l gewezen) de redelijke uitkomst steeds meer boven de wetstekst of het systeem geplaatst. Kenmerkender wellicht dan de uitkomst in de arresten Lindenbaum/Cohen en Goudse Bouwmeester,^{li} is het arrest Amexima/Cavroy & Hughes.^{lii} In casu oordeelde de rechter dat de debiteur op grond van de goede trouw iets geheel anders moest leveren dan was bepaald in de overeenkomst: niet het goed zelf, maar de opbrengst ervan. Meijers schreef in zijn noot instemmend dat de natuur hier sterker geweest was dan de leer. Eigenlijk behoeft het weinig betoog dat in het verbintenissenrecht de systematiek niet primordiaal is: zoals ik in mijn proefschrift^{liii} heb laten zien, volgt dat immers reeds uit de erkenning van de goede trouw *als keuzenorm* binnen dat rechtsgebied: dat impliceert namelijk dat de vraag welke rechtsnorm *als vehikel* wordt gebruikt, afhangt van de vraag of daarmee een rechtvaardig resultaat kan worden bereikt.^{liv} Is dat niet het geval, dan dient de *prima facie* gekozen norm te worden vervangen door een andere. In het verbintenissenrecht *leidt* het systeem dus niet langer, maar wordt de juridische uitkomst bepaald in een veel subtieler wisselwerking van rechtsregels en rechtvaardigheid in het concrete geval. Wel worden systematische argumenten als *bijkomend* gebruikt.^{lv}

Zijn er nu gevallen waarin de rechter zich op grond van systematische argumenten gedwongen voelde tot een zekere uitkomst te

komen, hoewel die niet overeenstemt met diens oordeel omtrent wat in casu juist is? Bij mijn weten bestaan dergelijke uitspraken van de Hoge Raad niet. In het nogal eens bekritiseerde arrest Katwijkse Haven^{lvi} leidde toepassing van aan het systeem ontleende analogieën tot een voor de benadeelde ongunstig resultaat, maar de Hoge Raad had in casu alle vrijheid om voor een andere redenering te kiezen, laat staan dat de Hoge Raad zich gedwongen gevoeld zou hebben tot het in casu bereikte resultaat te komen.

Een interessante vraag is nog waarom in het goederenrecht de rol van de goede trouw en daarmee die van de het rechtsgebied schragende systematische beginselen kleiner is dan in het verbintenissenrecht. Zonder op deze plaats in staat te zijn daaromtrent een theorie te ontwikkelen, is een eerste aanzet daartoe wel mogelijk. Het ligt namelijk voor de hand dat in het goederenrecht de derden-belangen zo belangrijk zijn dat afwijking van het zorgvuldig uitgedachte systeem in beginsel wel *mogelijk* is, maar *praktisch* niet erg voor de hand liggend omdat dan alle belangen in het concrete geval opnieuw moeten worden gewogen. Daartoe is een rechter niet altijd in staat. Wanneer hij bijvoorbeeld in een concreet geval ten gunste van één bepaalde crediteur wenst af te wijken van de wettelijk bepaalde onderlinge verhouding van zekerheidsrechten, is moeilijk te overzien welke consequenties dat heeft voor andere crediteuren. De veilige weg is dan om geheel te redeneren binnen de bestaande kaders. Daarmee is het goederenrecht - zoals algemeen wordt aangenomen - 'statischer' dan het dynamische verbintenissenrecht.

Dit kan ook worden uitgedrukt in termen van formeel en substantieel redeneren.^{lvii} Op formele wijze de regel toepassen bewerkstelligt dat de *achter* die regel liggende waarden worden verwezenlijkt. Wanneer de regels betrekkelijk gecompliceerd zijn en nauw met elkaar samenhangen, zodat moeilijk te overzien valt wat de consequenties zijn van de verandering van één regel voor het overige regelcomplex (zoals in het goederenrecht), ligt een dergelijk formeel redeneren voor de hand. Indien de consequenties van het niet-toepassen van één regel onmiddellijk duidelijk zijn (zoals in het meer op twee-relaties gerichte verbintenissenrecht het geval is), is de rechtstoepasser eerder geneigd om substantieel te redeneren. Dat stelt hem dan in staat om de achterliggende waarden beter af te wegen dan met die regel mogelijk is. Dit impliceert overigens niet dat verandering van het goederenrechtelijk systeem niet mogelijk zou zijn, alleen dat het veel langer duurt en dat een van bovenaf door de wetgever opgelegd geheel nieuw systeem succesvoller zal zijn dan een noodzakelijkerwijs lacuneuze door de rechter tot stand te brengen rechtsontwikkeling.

5. Concluderende opmerkingen

Bovenstaande opmerkingen stellen in het licht dat op de besproken locaties van de methodische landkaart de systematiserende methode met wisselend succes is gebruikt. Normatieve betekenis komt aan de methode zeker toe wanneer de handboeken worden gezien. De in deze te bespreken ontwikkeling van achtereenvolgens meer systematische, meer legistische en wederom meer systematische weergave van het privaatrecht, lijkt overeen te komen met de ontwikkeling in de rechtspraak. Voor deze laatste is de normatieve betekenis van de methode echter groter in het goederenrecht dan

in het verbintenissenrecht. Steeds biedt de methode echter slechts een bijkomend argument; gedrongen tot een zekere uitkomst voelt een rechter zich op grond van systematische argumenten niet.

De hiermee gegeven eerste aanzet voor onderzoek naar het belang van de methode in de rechtsontwikkeling van de afgelopen honderd jaar, laat zien dat de Savignyaanse pretentie dat het door het systeem voeren van de casus uiteindelijk moet leiden tot de juiste uitkomst, niet lang heeft stand gehouden. Dat verbaast niet. Moet een parallel worden getrokken met meer algemene tendenzen in de cultuur - de mogelijkheid waartoe aan het begin van deze bijdrage werd gesuggereerd - dan is dat niet moeilijk: de beschreven ontwikkeling past in het tanend geloof in absolute waarheden, zoals dat ook in het postmodernisme centraal staat. Aldus behoudt het privaatrecht in essentie nog altijd op dezelfde wijze de aansluiting bij de veranderende maatschappij als sinds de receptie van het *Corpus Iuris Civilis* is gebeurd: door op een steeds andere manier de bestaande regels te interpreteren. Dat rechtvaardigt een veel grotere aandacht voor de methoden van het privaatrecht dan thans gebruikelijk is.

- i. Dit vormde het thema van de door mij gehouden lezing op het congres waarvan deze bundel de weerslag vormt. Een bewerking van die lezing werd gepubliceerd in *Recht & Kritiek* 23 (1997) 155 v. onder de titel *Privaatrecht en postmodernisme*.
- ii. Vgl. voor de discussie over de invloed van het humanisme Klaus Luig, *Humanismus und Privatrecht*, in: *Vestigia Iuris Romani* (Festschrift für Gunter Wesener), Graz 1992, 285 v.
- iii. H.R. Hoetink, *Komt aan de historische ontwikkeling een normatieve betekenis toe voor het proces der rechtsvorming?*, in: *Rechtsgeleerde opstellen*, Alphen aan den Rijn 1982, 307 v.
- iv. Hoetink, a.w., 317.
- v. J.M. Milo, *Het rechtsvergelijkende argument in de ontwikkeling van het Nederlandse vermogensrecht 1838-1940*, diss. Maastricht 1997.
- vi. De methodologie van de rechtsvorming door de wetgever (wetgevingstheorie) blijft dus buiten beschouwing. Vgl. M. van Hoecke, *Object en methode van de rechtstheorie*, in: O.W.M. Kamstra e.a. (red.), *Nederlandse Rechtswetenschap*, Zwolle 1988, 42.
- vii. Zie daartoe Luig, a.w., 285: 'Allgemein anerkannt als Stilepochen der Rechtsgeschichte, die neue Gerechtigkeitsideale durch neue Interpretationen verwirklicht haben, sind fast alle Epochen der europäischen Geistesgeschichte'.
- viii. Vgl. Jan Schröder, *Wissenschaftliche Ordnungsvorstellungen im Privatrecht der frühen Neuzeit*, *Ius Commune* XXIV (1997) 25 v.
- ix. Tegenover elkaar staan Schröder, a.w., 26 en Luig, a.w.
- x. Schröder, a.w., 35.
- xi. *System des Heutigen Römischen Rechts*, Bd. I, Berlin 1840, 46.
- xii. Pierre Legrand, *Against a European Civil Code*, *Modern Law Review* 60 (1997) 45-46.
- xiii. Legrand, a.w., 46.
- xiv. En daarmee is het recht dus niet een middel tot een doel, maar zelf een doel geworden. Vgl. Robert S. Summers, *Rudolf von Jhering's influence on american legal theory - A selective account*, in: Okko Behrends (hrsg.), *Jherings Rechtsdenken*, Göttingen 1996, 64.
- xv. Geciteerd bij B.S. Markesinis, W. Lorenz, G. Dannemann, *The Law of Contracts and Restitution: A Comparative Introduction*, Oxford 1997, 9.
- xvi. Over de invloed van Savigny zie men ook P.C. Kop, *Savigny en de wetenschap van het privaatrecht in Nederland in de Negentiende eeuw*, *TvR* 57 (1989), 117 v.
- xvii. Vgl. Philippe Malaurie, *Anthologie de la Pensée Juridique*, Paris 1996, 103.

xviii. Het Burgerlijk Wetboek verklaard door C.W. Opzoomer, Eerste Deel, 's Gravenhage 1865.

xix. Ook opgenomen in dez., Het Burgerlijk Wetboek verklaard, derde druk bewerkt door A. Grünebaum en Jules Goudekot Az., 's-Gravenhage 1911, v.

xx. Het Burgerlijke Wetboek: aantekening op de artikelen, die thans nog verklaring behoeven, Amsterdam 1849-1852.

xxi. Het Burgerlijk Wetboek verklaard, Vijfde Deel, tweede druk, 's-Gravenhage 1891, 3 v.

xxii. Leiden 1869. Zie daarover ook mijn Privaatrecht en postmodernisme, a.w., 169, alsmede Kop, TvR, a.w., 132.

xxiii. Het Nederlandsch burgerlijk regt, naar de volgorde van het Burgerlijk Wetboek, Groningen 1844-1855 (tweede druk 1856-1859).

xxiv. Groningen 1869.

xxv. Zie bijv. G.E. van Maanen, Onrechtmatige daad, diss. Groningen 1986, Deventer 1986 en dez., De Zutphense juffrouw en de ontrouwe bediende van Lindenbaum, Nijmegen 1995.

xxvi. P.C. Kop, Legisme en privaatrechtswetenschap, Deventer 1982, bijv. 61, die het hoogtij van het legisme plaatst tussen 1848 en 1880.

xxvii. N.K.F. Land, Verklaring van het Burgerlijk Wetboek, Eerste Deel, Haarlem 1889, Voorbericht, ook opgenomen in: a.w., 2de dr., Haarlem 1914, vi-vii.

xxviii. J.Ph. Suijling, Inleiding tot het Burgerlijk Recht, deel I: Algemene beginselen, Haarlem 1918, voorrede (ook opgenomen in: derde druk, Haarlem 1948, v).

xxix. C. Asser, Handleiding tot de beoefening van het Nederlandsch Burgerlijk Recht, Derde Deel - Eerste stuk voortgezet door J. Limburg, Zwolle 1905.

xxx. a.w., resp. 1 v. en 188 v.

xxxi. Mr. C. Asser's Handleiding tot de beoefening van het Nederlandsch Burgerlijk Recht; derde deel: Verbintenissenrecht, voortgezet door J. Limburg, Eerste stuk, 2de druk bewerkt door H. van Goudoever, 1-368, Zwolle s.a., resp. 1 v. en 246 v.

xxxii. Wel vindt men bijv. in Limburg reeds bij de definitie van de overeenkomst een expliciete verwijzing naar Savigny, System, a.w., Bd. III, 309.

xxxiii. Vgl. J.H.A. Lokin, Het NBW en de pandektistiek, in: Historisch vooruitzicht, Arnhem 1994, 125 v. Zie voorts C.J. van Zeben (red.), Parl. Gesch. NBW, Algemeen Deel, Deventer-Antwerpen s.a., p. 131 v.

xxxiv. Zie mijn Van partijen en derden; over interpretaties van de numerus clausus van zakelijke rechten, **Groninger Opmerkingen en Mededelingen XIII** (1996), 41 v. en mijn Bronnen van verbintenis: over pragmatisme en de Anglicisering van het Nederlands verbintenissenrecht, **R & R 26** (1997), 213 v.

xxxv. Zie ook Markesinis, a.w., 27: het Duitse recht is i.e.g. niet 'prepared to sacrifice notions of justice to the altar of the concept'.

xxxvi. HR 23-12-1870, vdHon, NR, nr. 1201, XXXV, 255. De Hoge Raad koos in casu overigens een ruimere interpretatie.

xxxvii. HR 3 maart 1905, W 8191.

xxxviii. Aan de hand van bijvoorbeeld Van Zeben/Sterk, Arresten Burgerlijk recht, editie 1986, Zwolle 1986.

xxxix. HR 25 januari 1929, NJ 1929, 616 (Bierbrouwerij).

xl. Bijv. HR 6 maart 1970, NJ 1970, 433 (Pluvier/Traffic) en HR 7 maart 1975, NJ 1976, 91 (Van Gend & Loos). Zie ook W.H.M. Reehuis, Roerende zaken als zekerheid: leven in de brouwerij!?, Groninger Opmerkingen en Mededelingen XIV (1997), 31 v.

xli. Soms wordt ter beargumentering van een resultaat ook expliciet verwezen naar de rechtszekerheid of naar 'algemene regels van zakenrecht'. Zie bijv. HR 19-6-1981, NJ 1982, 11 (Katoenspinnerij).

xl.ii. HR 3 februari 1922, NJ 1922, 388 (Veltman/Kooper) en HR 6 januari 1961, NJ 1962, 19 (Seneca/Forumbank).

xl.iii. HR 9 februari 1940, NJ 1940, 302 (Kok/Hersteld Apostolische Zendinggemeente) en HR 5 mei 1950, NJ 1951, 1 (Damhof/Staat).

xliv. HR 20 december 1934, NJ 1935, 708 (Van der Kley/Smalhout) en HR 12 januari 1968, NJ 1968, 274 (Texeira de Mattos).

xl. v. HR 26 maart 1936, NJ 1936, 757 (Sleepboot Egbertha) en HR 11 december 1953, NJ 1954, 115 (Stafmateriaal).

xlvi. HR 10 december 1937, NJ 1938, 335 (Bloembollen).

xl. vii. HR 3 maart 1905, W. 8191 (Blaauboer/Berlips).

xl. viii. HR 22 mei 1953, NJ 1954, 189 (Sio) en HR 6 maart 1970, NJ 1970, 433 (Pluvier/Traffic).

xl. ix. HR 12 januari 1968, NJ 1968, 274 (Texeira de Mattos) en HR 7 maart 1975, NJ 1976, 91 (Van Gend & Loos).

l. HR 10 juni 1910, W 9038.

- li.Resp. HR 31 januari 1919, NJ 1919, 161 en HR 12 maart 1926, NJ 1926, 777. Beide arresten worden algemeen gezien als de grote doorbraak naar erkenning van het ongeschreven recht.
- lii.HR 18 juni 1926, NJ 1078.
- liii.Het vertrouwensbeginsel en de contractuele gebondenheid, diss. Leiden 1995, Arnhem 1995, passim.
- liv.Zie ook de Conclusie van de A-G Vranken voor HR 21 februari 1997, RvdW 1997, 54 (Wrongful birth), no. 23: 'Het minst bevredigend, m.i. zelfs ronduit onjuist, is het wanneer men de oplossing zou willen zoeken op het niveau van de dogmatiek, bijvoorbeeld in het begrip schade of in de gezinsplanning als persoonlijkheidsrecht. Dogmatiek is niet meer dan de inkadering van de initiële keuze in het bestaande systeem. De rechtvaardiging van de initiële keuze ligt elders.'
- lv.Zie bijv. HR 2 januari 1931, NJ 1931, 274 (Mark is Mark) en HR 30 januari 1959, NJ 1959, 548 (Quint/Te Poel).
- lvi.HR 18 april 1969, NJ 1969, 336.
- lvii.Zie daarover bijv. P.S. Atiyah, *Form and Substance in Contract Law*, in: *dez., Essays on Contract*, Oxford 1986, 93 v.

